

JELENA VUKADINović-MARKović

ARBITRAŽNA KLAUZULA U OPŠTIM USLOVIMA POSLOVANJA

– Pitanje forme ili saglasnosti ugovornih strana –

ARBITRAŽNI UGOVOR KAO PRAVNI OSNOV ARBITRAŽE

Sporovi nastali iz međunarodnih poslovnih odnosa se rešavaju pred nacionalnim sudovima ili arbitražnim tribunalima. Neophodan uslov da se određeni spor izuzme iz nadležnosti nacionalog suda i poveri na rešavanje privatnim arbitražama je postojanje prethodne saglasnosti volja ugovornih strana. Ugovor o arbitraži predstavlja posebnu vrstu saglasnosti dva ili više lica da spor koji je nastao ili će nastati između njih bude rešen od strane arbitara.¹ Prihvatanje arbitražnog,

Dr Jelena Vukadinović-Marković, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1999, str. 193, br. 385. O ugovoru o arbitraži u domaćoj literaturi v. S. Triva "O arbitraži, njenoj pravnoj prirodi i o arbitražnom ugovoru" *Arbitražno rešavanje sporova*, Novi Sad 1973, str. 5-45; B. Poznić, "Ugovor o arbitraži i arbitražni postupak", *Ugovori u međunarodnoj trgovini*, knjiga I, Beograd 1987, str. 235-273; V. Popović, "Ugovor o arbitraži", *Srpska pravna misao*, Banja Luka 1995, str. 239-250; J. Perović, "Punovažnost ugovora o arbitraži", *Međunarodna privredna arbitraža- stanje i perspektive*, Zbornik radova, Beograd 1997, str. 123-136; R. Keča, *Arbitražni sporazum*, Novi Sad, 1999; G. Knežević, *Međunarodna trgovačka arbitraža, osnovna pitanja i problemi*, Beograd, 1999; M. Cukavac, "Sadržina arbitražnog ugovora", *Arbitraža*, časopis Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Jugoslavije, Beograd 2001, str. 15-65; J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002; G. Stanković, B. Starović, R. Keča, N. Petrušić, *Arbitražno procesno pravo*, Niš, 2002; G. Knežević i V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2010; J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd 2012.

a ne sudskog rešavanja sporova mora biti nedvosmisleno, izraženo na takav način da ne ostavlja bilo kakvu sumnju u želju stranaka da određeni spor bude rešen privatnim načinom. Drugim rečima, za uspostavljanje arbitražne nadležnosti potreban je punovažan arbitražni ugovor. Da bi ugovor o arbitraži bio punovažan potrebno je da se ispune uslove koje ugovorno pravo predviđa za nastanak i punovažnost ugovora.² Pored njih ugovor o arbitraži mora biti usmeren na pravni odnos koji može biti rešen arbitražnim putem. U suprotnom, ovakav ugovor bi u krajnjem ishodu bio proglašen bez dejstva.³

Po svojoj pravnoj prirodi, ugovor o arbitraži spada u kategoriju obligacionih ugovora i kao takav obavezuje ugovorne strane da nastali ili budući spor, u skladu sa načelom *pacta sunt servanda*, umesto pred sud iznesu pred arbitražu.⁴ Iznošenje spora pred arbitražu istovremeno znači i zabranu strankama da po istom sporu pokrenu postupak pred sudom. U tom smislu se kao osnovna karakteristika i *differentia specifica* arbitražnog ugovora, u odnosu na klasične ugovore, navodi njegovo prorogaciono (pozitivno) i derogaciono (negativno) dejstvo.⁵ Prorogaciono dejstvo se sastoji u uspostavljanju nadležnosti arbitraže, a derogaciono u zabrani sudova da u tim sporovima odlučuju. S obzirom na procesna dejstva, arbitražni ugovor se definiše kao "materijalni ugovor koji se tiče procesnih prava."⁶ Ugovorne (materijalne) prirode je po načinu nastanka i uzajamnim pravima i obavezama, dok se procesni sadržaj manifestuje kroz prorogaciono dejstvo. Pro-

² V. čl. 12 Zakona o obligacionim odnosima. U pravnoj teoriji više o ovim uslovima v. S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1980, str. 245.

³ Više o arbitralnosti sporova kao podobnosti za arbitražno rešavanje v. J. Vukadinović, "Pojam arbitralnosti u arbitražnim pravima Srbije i Hrvatske", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva : zbornik radova sa Savetovanja pravnika*, Budva 2012, str. 235-245.

⁴ Osim vladajućeg shvatanja o obavezujućem dejstvu arbitražnog ugovora zasnovanog na načelu *pacta sunt servanda*, postoje i mišljenja da arbitražni ugovor ne obavezuje ugovorne strane, pa tužilac može da se obrati ili predviđenom arbitražnom tribunalu ili odgovarajućem sudu. Ovakvo shvatanje je retko i najčešće se odnosi na sporove iz radnih odnosa i potrošačkih ugovora. V. više J. Grossberg "The Magnuson-Moss Warranty Act, the Federal Arbitration Act, and the Future of Consumer Protection", *Cornell Law Review*, Volume 93 Issue 3 March 2008, dostupno na: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3092&context=clr> . str. 673-674.

⁵ V. UNCTAD International Commercial Arbitration, 5.2. The Arbitration Agreement, Geneva, 2005, UNCTAD/Misc. 232/Add.39, tač. 1.2. str. 8, dostupno na http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add39_en.pdf

⁶ Ovo je široko prihvaćeno shvatanje ne samo u pravnoj teoriji, već i u izvorima arbitražnog prava, i sudskoj praksi. U tom smislu K. H. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nacimiento, "Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations - General Overview", *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, issue 1, March 2009, str. 24. marg. br. 47. Dostupno na http://www.arbitration-icca.org/media/1/13234293353100/5-germany_as_a_place_for_international_arbitration.pdf autori navode odluku Nemačkog Saveznog suda pravde, BGH, 30.01. 1957, BGHZ 23, 198(200).

cesno dejstvo se sastoji u prenosu ovlašćenja na odlučivanja na arbitre, čime arbitražni ugovor "isključuje državno sudstvo i zasniva odgovarajući procesnopравни prigovor."⁷ Zbog takve složene prirode, na punovažnost i pravno dejstvo arbitražnog ugovora se primenjuju materijalna i procesna pravila. Materijalnim pravilima ugovornog prava se uglavnom određuje nastanak i punovažnost, dok procesna pravila regulišu prenos nadležnosti, dopuštenost zahteva za pokretanje i vođenje arbitražnog postupka i ograničenja nadležnosti sudova.⁸ Može se zaključiti da, bez obzira na izvesne razlike koje postoje u određivanju pravne prirode arbitražnog ugovora, a koje su logična posledica razlika u shvatanju pravne prirode arbitraža, potpuna saglasnost postoji u tome da arbitražni ugovor predstavlja pravni osnov nadležnosti svake arbitraže⁹.

Uslovi punovažnosti arbitražnog ugovora

Elementi koji su neophodni za nastanak punovažnog arbitražnog ugovora odnose se na: sposobnost ugovaranja, saglasnost volja ugovornih strana, predmet, kauzu i formu.¹⁰

Za nastanak i punovažno zaključenje arbitražnog ugovora potrebno je da ugovorne strane poseduje sposobnost koja se prema pozitivnim propisima zahteva za zaključenje ove vrste ugovora. U opštem smislu, za zaključenje ugovora potrebno je da ugovorne strane poseduju poslovnu sposobnost. Kako ugovor o arbitraži proizvodi i određena procesna dejstva koja ga razdvajaju od klasičnih obligaciono pravnih ugovora, u pravim sistemima koji su prihvatila jurisdikcionu prirodu ugovora o arbitraži¹¹, pored poslovne sposobnosti zahteva se postojanje i parnične sposobnosti.¹² Na ovom stanovištu bili si i radaktori srpskog Zakona o arbitraži predviđajući da se za punovažno zaključenje ugovora o arbitraži zahteva da ugovorne strane pored poslovne poseduju i sposobnost da budu stranke u postuku.¹³

⁷ V. G. Stanković i dr., *n. delo*, str. 95.

⁸ V. K.H. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nacimiento, *n. delo*, str. 24. marg. br. 47.

⁹ J. Perović, *n. delo*, 2012, str. 190.

¹⁰ J. Perović, *n. delo*, 2002, str. 87.

¹¹ Više o pravnoj prirodi arbitraže v. J. Vukadinović, "Pravna priroda arbitraže", *Revija za evropsko pravo*, br. 1/ 2016, str. 131-148.

¹² Više o opštem pojmu parnične sposobnosti B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2010, str. 147 i dalje.

¹³ Čl. 5 Zakona o arbitraži.

Saglasnost ugovornih strana

Ugovor o arbitraži nastaje saglasnošću volja ugovornih strana. Da bi postignuta saglasnost proizvela pravno dejstvo, mora biti priznata od strane pravnog poretka. Volja ugovornih strana mora biti slobodna, ozbiljna i stvarna i da je upućena na nešto što je moguće ostvariti.¹⁴ Ako volja ne poseduje neke od navedenih svojstava, to će se odraziti na nastanak i pravno dejstvo arbitražnog ugovora. Takvi nedostaci mogu ili sprečiti nastanak ugovora ili dovesti do nastanka ugovora sa manama.¹⁵

Slobodna volja znači da lice koje je zaključilo ugovor o arbitraži nije bilo pod nekim uticajem koji dovodi do mane volje, tj. da volja ugovornih strana nije izjavljena pod pretnjom, zabludom ili prevarom.

Ozbiljna volja označava nameru lica koje je zaključilo ugovor o arbitraži da zaključi upravo ovaj ugovor i da je svesno posledica ugovaranja. Stvarna volje znači da je zaključenje ugovora rezultat stvarne, a ne prividne ili fiktivne volje ugovornih strana.

Iskazana volja označava spremnost ugovornih strana da prihvate prava i obaveze koji proizilaze iz ugovora. Sadržina ugovora iskazana u pravima i obavezama rezultat je pregovora između ugovornih strana. Drugim rečima, ugovori koji se odlikuju sporazumno određenom sadržinom, u pravom smislu reči predstavljaju rezultat dogovora ugovornih strana.¹⁶

Međutim, postoje ugovori koji su unapred u celini pripremljeni od strane jedne od ugovornih strana. Druga strana nema mogućnost pregovaranja oko sadržine ugovora, već jedino može da prihvati ili ne prihvati ponuđeni tekst ugovora. Kod ove vrste ugovora jedna od ugovornih strana definiše bitne elemente i uslove ugovora često u vidu formulara ili se u samom tekstu ugovora nalaze samo neki od elemenata ugovora dok se na ostale upućuje u opštim uslovima poslovanja¹⁷. Naretko u opštim uslovima poslovanja je sadržana arbitražna klauzula, te se sa pravom postavlja pitanje "života" takve arbitražne klauzule. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li je postojala ozbiljna i stvarna volja strane koja pristupa ugovoru da prihvati i arbitražnu klauzulu.

¹⁴ V. S. Perović, *n. delo*, str. 253-254.

¹⁵ O manama volje uopšte v. S. Perović, *n. delo*, str. 258-310. dok o posledicama mana volje na arbitražni ugovor pre svih J. Perović, *n. delo*, 2002, str. 93-96.

¹⁶ J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd 2015, str. 213.

¹⁷ U domaćoj literaturi se ovaj izvor prava sreće pod različitim nazivima: opšti uslovi prodaje, opšti uslovi poslovanja, opšti uslovi ugovora, opšti uslovi za prodaju, opšti uslovi za uvoz, opšti uslovi za izvoz ili (samo) opšti uslovi. Više o terminologiji i opštem pojmu K. Jovičić, S. Vukadinović, "Opšti uslovi poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini", *Pravni život*, br. 12 / 2009, str. 725-750.

Pisana forma ugovora

U većini izvora arbitražnog prava zahteva se pisana forma ugovora o arbitraži. Pod pisanom formom se podrazumeva da je saglasnost sadržana u ispravama koje su obe strane potpisale. Zahtev za pisanom formom i odstupanje od principa konsensualnosti obrazlaže se pozivanjem na dva razloga.¹⁸ Prvo, ugovaranjem arbitraže stranke odstupaju od sudova kao uobičajenih organa za rešavanje sporova pa zahtev za pisanom forma predstavlja “poslednju opomenu” strankama da ne budu iznenađene zbog takve promene. Drugi razlog je *ad probationem* funkcija pisane forme arbitražnog ugovora.¹⁹

Pisana forma je predviđena kao obavezna i u međunarodnim konvencijama,²⁰ brojnim nacionalnim zakonima²¹ i pravilnicima međunarodnih trgovinskih arbitraža.²² Razloge tome bi, svakako, trebalo tražiti u posebnoj karakteru i značaju koji zakonodavci daju ugovoru o arbitraži. Međutim, zbog pojave savremenih sredstava komunikacija prisutna je tendencija da se zahtev za pisanom formom shvati široko tako da obuvata ne samo saglasnost volja koja je izražena u jednom dokumentu koji su potpisale obe stranke, već i saglasnost volja koja je “zabeležena u bilo kom obliku, bez obzira da li je arbitražni ugovor zaključen usmeno, konkludentim radnjama ili na drugi način”²³

¹⁸ G. Knežević, V. Pavić, *n. delo*, str. 47; A. M. Steingrubr, *Consent in International Arbitration*, The Oxford University Press, 2012, str. 106.

¹⁹ G. Knežević, V. Pavić, *n. delo*, str. 48. Treba naglasiti da je uslov punovažnosti ugovora o arbitraži ili *ad solemnitate* pisana forma, dok forma *ad probationem* služi isključivo kao dokaz postignute saglasnosti.

²⁰ V. čl. II.2 Njujorške konvencije; čl. I(a) Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, od 1961. godine.

²¹ V. čl. 583(1) austrijskog Zakona o arbitraži (sadržanog u Zakoniku o građanskom postupku, sa izmenama iz 2013) dostupno na <http://www.viac.eu/en/materials>; čl. 2(1) Portugalskog zakona od 2011 (Law No 31/86 od 29.08. 1986, sa izmenama Decree-Law No 38/2003, od 8. marta 2003, dostupno na http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=198128#LinkTarget_446), čl. 807. Italijanskog ICCP, od 2006 (Title VIII of Book IV of the Italian Code of Civil Procedure, dostupno na <http://www.jus.uio.no/lm/italy.arbitration/doc.html>), paragraf 1031 Nemačkog Zakona o arbitraži (German Arbitration Law 1998, Tenth Book of the Code of Civil Procedure, dostupno i na <http://www.dis-arb.de/de/51/materialien/german-arbitration-law-98-id3>).

²² V. čl. 1. WIPO Arbitration Rules, koja su stupila na snagu 01. juna 2014. godine (dostupna na <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>), o zahtevu za pisanu formu arbitražnog ugovora se može zaključiti i na osnovu modela arbitražne klauzule koja je preporučena Pravilnikom Nemačke arbitraže DIS_Arbitration Rules 98, na snazi od 01.07. 1998. Dostupna na <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10>; čl. 5. Arbitražna pravila kineske međunarodne privredne i trgovinske komisije, na snazi od 01.01. 2015. godine (dostupna na <http://www.cietac.org/index.cms>); čl. 8. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži Vid. i čl. 7.2 UNCITRAL Model zakona.

²³ V. čl. 7(2) UNCITRAL Model zakona, prva alternativa.

Tako se, prema odredbama člana 12, stav 4. Zakona o arbitraži, ugovor o arbitraži smatra zaključenim i ako se stranke u pisanom ugovoru pozovu na drugo pismeno koje sadrži ugovor o arbitraži (opšti uslovi za zaključenje pravnog posla, tekst drugog ugovora i sl.) ako je cilj tog pozivanja da sporazum o arbitraži postane deo ugovora. Ovakav način zaključivanja arbitražnog ugovora ne stvara posebne dileme jer i upućujuća klauzula čini dao zaključenog osnovnog posla. Problem može nastati ako je arbitražna klauzula deo opštih uslova poslovanja na koje upućuje klauzula ugovora bez posebnog isticanja postojanja arbitražne klauzule.

OPŠTI USLOVI POSLOVANJA

Masovna proizvodnja i ubrzani način trgovine doveli su da toga da klasične individualne ugovore zamene formularni, standardni, ugovori po pristupu tzv. adhezioni ugovori ili opšti uslovi poslovanja.²⁴ Ovi ugovori ne nastaju putem ponude i odgovora na ponudu već prihvatanjem unapred pripremljenog teksta koji sadrži elemente i uslove ugovora²⁵. Kod ugovora po pristupu, elementi i uslovi ugovora krojeni su od strane jedne ugovorne strane, dok druga ugovorna strana može takav ugovor prihvatiti bez mogućnosti pregovaranja oko njene sadržine. Sadržina ovih ugovora nije krojena u odnosu na osobenosti pojedinih ugovornih strana već naprotiv, namenjeni su neodređenom i neograničenom broju lica koji zaključuju ovakvu vrstu ugovora. Iako autonomija volje predstavlja manifestaciju slobode ugovaranja, upravo ugovori po pristupu negiraju ovu slobodu. Sadržina ugovora po pristupu nije uvek data u samom pismenu ugovora. Često se u skrojenom ugovoru poziva na opšte uslove poslovanja, koji imaju formu „*potpune zbirke (zakona) ugovornih klauzula*”²⁶ ili možemo reći da predstavljaju povezanu celinu (sistem) ugovornih odredbi.²⁷

Po svojoj pravnoj prirodi opšti uslovi poslovanja su poslovni akti kojima se uređuju obligacionopravni, tj. ugovorni odnosi.²⁸ Obligacioni odnosi između ugovornih strana uspostavlja se isključivo i samo preko ugovora, dok su opšti uslovi sastavni deo ugovora.

²⁴ Više o nastanku opštih uslova poslovanja u savremenim poslovnim odnosima v. K. Jovičić, S. Vukadinović, *n. delo*, str. 732 i dalje.

²⁵ Prema čl. 2 : 209 Principi evropskog ugovornog prava .

²⁶ U. Drobniig, “Standard Forms and General Conditions in International Trade; Dutch, German and Uniform Law”, *Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of Internatioan Trade*, (ured. Voskuil and Wade), TMC Asser Institut, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, str. 118.

²⁷ Opšte uslove poslovanja treba razlikovati od uzansi. Uzanse predstavljaju sakupljene, sistematizovane i objavljene poslovne običaje donete od strane ovalašćenih organa ili organizacija. Opšte uslove poslovanja donosi određeni privredni subjekt, na osnovu slobodne procene donosioca.

²⁸ M. Velimirović, *Poslovno pravo*, Podgorica 2000, str. 27.

Ove klauzule predstavljaju dopunske uslove koji se ne retko nalaze odštampani na poleđini pisane ponude ili sasvim odvojeno od nje, u obliku kodifikacije.²⁹ Drugim rečima, opšti uslovi poslovanja mogu biti u potpunosti sadržani u ugovoru, "kao njegov opšti deo"³⁰ ili se na njih ugovor može pozvati i to na različite načine. Najčešće i, za obe ugovorne strane, najkorektnije rešenje jeste da ugovor sadrži upućujuću klauzulu kojom se na izričit način ugovara i uključuje primena opštih uslova poslovanja.

Opšti uslovi poslovanja obezvezuju drugu stranu samo ako su joj bili ili morali biti poznati u času zaključenja ugovora. Ako se nalaze na poleđini formulara koji predstavlja sadržaj ugovor, pristanak druge strane u vidu potpisa nesumnjivo ukazuje da je druga strana bila upoznata sa njenom sadržinom. Ukoliko nisu odštampani na poleđini ugovora, ponudilac se mora na njih pozvati na način da druga strana bude upoznata sa namerom ponudioca. Sa druge strane, smatra se da su opšti uslovi poslovanja ponuđenom poznati kad je njihova primena uobičajena u odnosnoj privrednoj grani ili ako su objavljani na propisan ili uobičajen način.³¹ U tom smislu, opšti uslovi poslovanja bi trebalo biti objavljeni u određenom, tj. odgovarajućem glasilu, da budu izloženi u poslovnim prostorijama privrednog subjekta ili, što je danas redovna i uobičajena praksa, da su objavljeni i dostupni na veb sajtu.

Kad je arbitražna klauzula sadržana u opštim uslovima poslovanja, osnovano se postavlja pitanje da li se davanjem saglasnosti na opšte uslove poslovanja, strana koja pristupa ugovora saglasila i sa arbitražnom klauzulom. Dileme koje nastanu odnose se na zadovoljenje forme ugovora o arbitraži i postojanje saglasnosti ugovorne strane.

Opšti uslovi poslovanja i pisana forma ugovora o arbitraži

Sa stanovišta zahteva za pisanom formom ugovora o arbitraži, pitanje je sporno jer se arbitražna klauzula/arbitražni ugovor ne nalazi u osnovnom poslu koji potpisuju ugovorne strane ili njihovi ovlašćeni predstavnici, već u odvojenom dokumentu: opštim uslovima poslovanja ili opštim uslovima prodaje (u daljem tekstu, OUP).³² Kao sporno se postavlja pitanje da li je i u ovakvim slučajevima zadovoljen zahtev za pisanom formom. U generalnom smislu, odgovor zavisi od

²⁹ J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 1979, str. 89.

³⁰ R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac 2014, str. 54.

³¹ V. čl. 143. Zakona o obligacionim odnosima; čl. 32 Opšte uzanse za promet robom.

³² V. A. J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, Kluwer 1981, str. 217, navodi da će pisana forma ugovora biti ispunjena samo ako se u glavnom ugovoru izričito poziva na kompromisornu klauzula sadržanu u opštim uslovima poslovanja koji predstavljaju poseban dokument. Str. 8 i 9 u: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_conventi

toga da li se OUP i u njima sadržana arbitražna klauzula (ugovor) smatraju sastavnim delom osnovnog posla ili ne. Ako se arbitražna klauzula tumači kao deo osnovnog posla kao i druge klauzule, zadovoljena je pisana forma i može se smatrati da je arbitražni ugovor sadržan u odvojenim dokumentima. U tom smislu je u nekim pravnim sistemima dovoljno da se arbitražna klauzula nalazi u OUP da bi ugovor o arbitraži punovažno nastao.³³ Međutim, u sudskoj praksi je izražen i stav da bi arbitražnu klauzulu trebalo tretirati kao posebnu ili neuobičajenu odredbu ugovora³⁴, te nije dovoljno opšte upućivanje na OUP, već je potrebno da se na nju posebno skrene pažnja kod upućivanja na opšte uslove poslovanja u kojima je sadržana.³⁵

Na obavezu da se u nekim slučajevima posebno istakne da se upućivanjem na opšte uslove poslovanja bira i arbitražna klauzula ukazuju i neka nacionalna prava, na primer u slučaju kad je sadržana u konosmanu, dok se kod arbitražnih ugovora u kojima je jedna strana potrošač obavezno traže lični potpisi ugovornih strana³⁶. Što se tiče pitanja da li je, u slučajevima kad je razmenjen dokument potpisala samo jedna strana, saglasnost postignuta u pisanoj formi, u praksi je prihvaćeno tumačenje da se ne mora tražiti pisana saglasnost obe strane, već je dovoljno da arbitražni ugovor bude učinjen "očevidnim."³⁷

S druge strane, pravni sistemi koji zahtev za pisanom formom ugovora tumače na tradicionalan način, zahtevaju da se na postojanje arbitražne klauzule u

on_of_1958_overview.pdf. Za prihvaćeni stav u srpskom pravu, v. pre svih B. Poznić, *n. delo*, str. 244 i dalje.

³³ Prema holandskom pravu ugovor o arbitraži je validno zaključen ukoliko je klauzula sadržana u opštim uslovima poslovanja na koje je strana koja pristupa saglasila izričito ili prećutno. V. čl. 1021 Holandski zakon o građanskom procesnom pravu. Nemački Zakon o arbitraži u članu 1031 predviđa da će se, ukoliko se u ugovoru upućuje na opšte uslove poslovanja koji sadrže arbitražnu klauzulu, smatrati da je ugovor o arbitraži punovažno zaključen. Čl. 178 Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu za punovažni ugovor o arbitraži ne zahteva da bude potpisan od strane ugovornih strana.

³⁴ Ovakav stav proizilazi iz teorije o autonomiji arbitražnog ugovora. Više o autonomiji ugovora o arbitraži pre svih v. J. Perović, "Autonomija ugovora o arbitraži", *Pravo i privreda*, br. 5-8/2008, str. 535-544.

³⁵ V. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer 2003, str. 142, pas. br. 7-38. V. i odluku u predmetu *Concordia Agritrading Pte Ltd v. Cornelder Hogewerff Pt Ltd*, 3 Int Alr N-42 (2000) Singapore High Court, 18 October 1999. U italijanskom pravu se za ugovaranje unutrašnje arbitraže zahteva da je ugovornik znao i specijalno odobrio arbitražnu klauzulu koja je sastavni deo opštih uslova poslovanja. Specijalno odobrenje pak nije potrebno za ugovaranje međunarodne arbitraže, ako je arbitražna klauzula u opštim uslovima bila poznata ili morala biti poznata drugoj ugovornoj strani.

³⁶ Čl. 1031 (5) Nemačkog zakona o arbitraži

³⁷ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *n. delo*, str. 135, pas. 6p. 7-16. Vid. predmet *Robobar v Finncold*.

opštim uslovima poslovanja jasno ukaže.³⁸ Primitno je ipak da se zahtev za pisanom formom vremenom ublažava. Na takav stav ukazuje i Uncitral Model zakon³⁹ koji nudi u vidu alternative potpuno napuštanje strogih uslova pisane forme i prihvatanje usmenog sporazuma kao valjanog osnova za zaključenje ugovora o arbitraži. Insistiranje na uslovu pisane forme arbitražne klauzule u opštim uslovima poslovanja vremenom gubi na značaju.

U tom smislu, sudovi su u pojedinim sporovima⁴⁰ fleksibilno tumačili ispunjenost pisane forme ugovora o arbitraži predviđenu članom II Njujorške konvencije. U obrazloženju su istakli da predviđeni načini ispunjenja pisane forme ne treba shvatiti ekskluzivno, već da su u datom članu izneti samo neki od načina ispunjenja forme.⁴¹ Tako je Švajcarski Kasacioni sud, u predmetu *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*,⁴² istakao da je ugovor o arbitraži punovažno zaključen iako nedostaje potpis stranke koja pristupa ugovoru.

U arbitražnoj praksi je postavljeno pitanje i da li je dovoljno da ugovorne strane potpišu dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu da bi ugovor o arbitraži punovažno nastao.

Drugim rečima, da li se zahteva posebna saglasnost na arbitražnu klauzulu koja je sadržana u opštim uslovima poslovanja. Švajcarski Vrhovni sud je zauzeo stav da je ugovor o arbitraži punovažno zaključen iako na postojanje arbitraž-

³⁸ Tako je u slučaju *Bomar* (Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières), u postupku koji se vodio za poništaj arbitražne odluke, Francuski Kasacioni sud zauzeo stav da arbitražni tribunal nema nadležnost jer strana koja je pristupila ugovoru (Bomar) nije bila upoznata sa postojanjem arbitražne klauzule sadržane u opštim uslovima poslovanja. Ovaj stav je kasnije imenjen odlukom Apelacionog suda koji je u obrazloženju odluke između ostalog istakao da je francuska strana (Bomar) morala biti upoznata sa postojanjem arbitražne klauzule kao i da je prihvatanjem opštih uslova prihvatila i arbitražnu klauzulu, jer joj je druga (tuniska strana) dostavila kopiju opštih uslova poslovanja. Sud je u obrazloženju istakao da član II stav 3 Njujorške konvencije ne isključuje mogućnost zaključenja punovažnog arbitražnog ugovora ukoliko je sadržan u drugom dokumentu na koji se upućuje u pismenu koji su stranke potpisale, ako se ne dovodi u sumnju postojanje saglasnosti ugovornih strana. Apelacioni sud je u obrazloženju istakao da je arbitražni ugovor punovažan iako je sadržan u formi kluzule u opštim uslovima poslovanja na koje se upućuje. Posebno upućivanje na arbitražnu klauzulu ne smatra se uslovom za zaključivanje valjanog arbitražnog ugovora.

³⁹ Čl. 7, druga alternativa Uncitral Model Zakona

⁴⁰ *Jiangxi Provincial Metal & Mineral Import & Export Corp v Sulanser Co Ltd* [1995], XXI *Y. B. Com. Arb.*, 1995, str. 546-549

⁴¹ Sud je u obrazloženju istakao da se reči *shall included* ne treba shvatiti kao *only*

⁴² *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Sud je, pozivajući se na načelo savesnosti i poštenja, smatrao da postoji punovažan arbitražni ugovor i kad nisu ispunjene sve formalnosti, ali postoji jasna saglasnost strana. Dostupno na http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=564

na klauzula nije posebno upozoreno, a sadržana je u opštim uslovima poslovanja odštampana na poledini tovarnog lista. Davanje saglasnosti na osnovni posao koji sadrži upućivanje na opšte uslove poslovanja je dovoljno da se tumači da je strana pristala i na arbitražnu klauzulu sadržanu u OUP. Tuženi je u svom prigovoru istakao da na postojanje arbitražne klauzule nije bio prethodno upozoren, da njeno postojanje predstavlja nepoznanicu, te da se nije saglasio sa predloženim arbitražnim ugovorom.

Međutim, sud je u obrazloženju istakao da je, imajući u vidu da su ugovorne strane privrednici koji se dugi niz godina bave trgovinom upoznati sa opštim uslovima koji se uobičajeno koriste u ovoj grani i da se arbitražni način rešavanja sporova koristi kao uobičajeni, prigovor koji se odnosi da tuženi nije znao za postojanje arbitražne klauzule bez pravnog utemenjenja.⁴³

Sud nije razmatrao pitanje ispunjenja pisane forme ugovora o arbitraži već je kao osnovno, postavio pitanje postojanja saglasnosti ugovornih strana, što čini ovaj slučaj intresantnim. U obrazloženju odluke sud je istakao da je razmorio prigovor tuženog da nije znao za postojanje klauzule u Opštim uslovima poslovanja, ali da ga nije našao opravdanim. Iako je prigovor tuženog odbijen, slučaj je od značaja jer se razmatralo o postojanju saglasnosti strane koja pristupa OUP. Pitanje saglasnosti ugovornih strana bilo je predmet diskusija i u drugim slučajeva.

Tako je Francuski Kasacioni sud u predmetu *Dreistern Werk v. Crouzier*,⁴⁴ istakao da postojanje ugovora o arbitraži sadržano u Opštim uslovima poslovanja treba isključivo ispitivati u smislu postojanja saglasnosti volja ugovornih strana, a ne u pravcu zadovoljenja pisane forme ugovora. Ovo shvatanje zauzeto je i u nizu kasnijih odluka koje su doneli francuski,⁴⁵ ali i italijanski sudovi.⁴⁶

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu sve liberalnije tumačenje pisane forme ugovora o arbitraži, punovažnost arbitražnog ugovora u OUP treba ispitivati u smislu postojanja saglasnosti ugovornih strana da budući spor podvrgnu arbitraži na rešavanje.

⁴³ G. O. V. T. Ltd. XV Y. B. *Com. Arb.* (1995), str. 509-511. Isto je smatrao i Američki Vrhovni sud u predmetu *Aceros Prefabricados, S. A. V. TradeArbed*, dostupno na http://archive.onlinedmc.co.uk/aceros_v_tradearbed.htm

⁴⁴ *Dreistern Werk v. Société Crouzier, Revue de l'arbitrage*, 1991, str. 291-301.

⁴⁵ V. odluku u slučaju *Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, 9 November 1993. Suprotno, v. odluku Italijanskog Kasacionog suda u slučaju No. 11529 od 19 Maja 2009 (*Dreyfus Commodities Italia v. Cereal Mangimi*).

⁴⁶ *Del Medico v. Iberprotein*, dostupno na http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=categ_see&id=47

Princip autonomije ugovora o arbitraži kao opšti princip arbitražnog prava zahteva da se arbitražna klauzula tumači nezavisno i samostalno od osnovnog posla. U suprotnom, ako bi se arbitražna klauzula izjednačila sa ostalim klauzulama u ugovoru bili bi narušeni opšti principi arbitražnog prava.

Zbog opšte tendencije konsensualnosti i laicizacije ugovora, insistiranje na ispunjenosti pisane forme ugovora o arbitraži sadržane u opštim uslovima poslovanja gubi na značaju. Postojanje saglasnosti volja ugovornih strana je potrebno postaviti kao osnovno pitanje u ovim slučajevima. Bez saglasnosti volja ugovornih strana ugovor o arbitraži ne bi mogao biti zaključen. Drugim rečima, saglasnost volja ugovornih strana predstavlja preduslov da bi se o ostalim uslovima punovažnosti uopšte moglo raspravljati.

Imajući u vidu navedeno, a iz razloga pravne sigurnosti i poštovanja osnovnih načela arbitražnog prava, ugovorne strane bi na postojanje arbitražne klauzule u OUP morale biti posebno upozorene. Ne zbog ispunjavanja pisane forme ugovora, već iz razloga postojanja saglasnosti volje ugovornih strana. U suprotnom će "život" arbitražne klauzule /ugovora zavisiti od slobodnog sudijskog uverenja.

JELENA VUKADINOVIĆ-MARKOVIĆ, Ph.D.,
Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

ARBITRATION CLAUSE IN THE GENERAL TERMS AND CONDITIONS - Question of form or consent of the contracting parties -

Summary

General terms and conditions have nowadays become so frequent and significant that they are rightfully called "autonomous rights of economy". The superiority of one of the Contracting Parties in the economic, professional or other sense no longer constitutes a higher rule of business relationships in which the general conditions are used. The increasing use of general terms and conditions is due to the reason of time economy and velocity of business transactions in the standardization and uniformity of concluded contracts. Often the general terms and conditions also include the arbitration clause. Accepting the standpoint that by signing of the documents with general terms and conditions containing an arbitration clause the arbitration agreement is concluded simultaneously shall result in the fact that the resolution of disputes before an arbitration tribunal shall be accepted as a usual way of resolving disputes in business practice. On the other hand, such conception leads to negation of the theory of the autonomy of arbitration agreement and to the degradation of the arbitration clause to the same treatment shared by other clauses in the certain agreement.